

Der Verlust des juristischen Besitzes an den Detentor.

Inaugural-Abhandlung

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der hohen Juristischen Fakultät

der

Königlich Bayerischen Universität

Erlangen.

Eingereicht

von

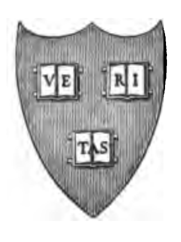
Ernst Gumpert

Referendar.

Berlin 1896.

Berliner Buchdruckerei-Aktien-Gesellschaft.

SW., Anhaltstr. 11.




ruppe & Winckler
Berlin



Germany

Ernst Gumpert

Verlust des juristischen Besitzes an den Detentor

Erlang. Diss. 1896.

11

Inhaltsübersicht.

§ 1.

Nach der herrschenden, von Savigny in seinem Buch „Das Recht des Besitzes“ [1]) begründeten Lehre versteht man unter juristischem Besitz oder „Besitz“ schlechthin „die thatsächliche Herrschaft über eine Sache mit dem Willen, dieselbe für sich zu besitzen“, während man als Detention, Repräsentation oder Besitzvertretung „die thatsächliche Herrschaft über eine Sache mit dem Willen, dieselbe für einen andern zu besitzen“, bezeichnet. Wie sich aus dieser Begriffsbestimmung ergiebt, ist den beiden Arten der Inhabung im weiteren Sinne [2]) also ein Moment, das thatsächliche Verhältnis zur Sache, das sog. corpus, gemeinsam und eine Verschiedenheit nur in Bezug auf die Richtung des Willens vorhanden. Ist derselbe darauf gerichtet, die Sache für sich (animus rem sibi habendi) oder wie ein Eigentümer (animus domini) zu besitzen, so liegt Besitz vor; geht derselbe dahin, dieselbe für einen andern zu besitzen, so spricht man von Detention. Nach den allgemeinen Regeln über den Erwerb bezw. Verlust des Besitzes sollte man nun annehmen, dass in dem Moment, in welchem der Detentor die Richtung seines Willens ändert und den Entschluss fasst, die bis dahin detinierte Sache für sich zu besitzen — sie, nach der Ausdrucksweise der Quellen, statt „apud se“ nunmehr „penes

---

[1]) Friedrich Carl von Savigny, „Das Recht des Besitzes“ 1803. Im folgenden ist die siebente, von Rudorff mit Anmerkungen versehene Auflage benutzt.

[2]) Jhering, Besitzwille S. 1.

se“ zu haben[3]) — auch der juristische Besitz auf ihn übergehen müsste, da er dann die Erfordernisse desselben, corpus und animus, in seiner Person vereint. Dass dem nicht stets so ist, dass sich vielmehr zunächst erheblicher Unterschied zwischen den Voraussetzungen des Besitzübergangs konstatieren lässt, je nachdem es sich um unmittelbaren oder mittelbaren, durch einen Vertreter ausgeübten, Besitz handelt, deutet schon Papinian in der L 44 § 2 D. de poss. 41. 2 mit den Worten an:

> „cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos, an per alios possideremus.“

Aber fernerhin differieren noch in der Sphäre des mittelbaren Besitzes die Voraussetzungen des Verlustes, indem es einen bedeutenden Unterschied macht, ob der neue Erwerber ein dritter ist oder der Detentor selbst.

Zweck der vorliegenden Arbeit ist es, die Voraussetzungen des Besitzverlustes an den Detentor zu entwickeln.

§ 2.

Wenn wir von „Besitzverlust an den Detentor“ sprechen, so begreifen wir unter diesem Ausdruck zwei Akte, nämlich erstens den Verlust des Besitzes seitens des Vertretenen und zweitens den Erwerb des Besitzes seitens des Vertreters. Das Nächstliegendste und Naturgemässeste ist es nun, dass diese beiden Akte sich mit Wissen und Willen der beiden Parteien, des dominus[4]) und des Repräsentanten, vollziehen. Dieser, wie wir ihn nennen wollen, „freiwillige Besitzverlust“ kann in zwei Formen erfolgen, als „traditio brevi manu“ und als „bedingte Übergabe“.

---

[3]) L 63 de V. S. 50. 16: „penes te amplius est, quam apud te; nam apud te est, quod qualiter qualiter a te teneatur, penes te est, quod quodammodo possidetur.“

[4]) Dominus im nichttechnischen Sinn, in der Bedeutung „Principal“ L 1 D. de proc. 3, 3.

§ 3.

Unter „traditio brevi manu“ [5]) pflegt man zwei verschiedene Dinge zu verstehen, nämlich einmal die Übertragung des Eigentums an den Besitzer und zweitens die Übertragung des Besitzes an den Detentor. Nur die letztere Bedeutung des Ausdrucks ist hier für uns von Interesse.

Traditio brevi manu in diesem Sinn liegt also vor, wenn der bisherige Repräsentant mit dem Willen des bisherigen dominus den juristischen Besitz der Sache erlangt. Dieser Besitzerwerb wird in der Kegel durch ein Rechtsgeschäft, welches der Repräsentant mit dem dominus abschliesst, vermittelt, z. B. durch den Kauf einer kommodierten, deponierten oder gemieteten Sache. So heisst es in der L 9 § 5 D. de acqu. rer. dom. 41. 1:

> „Interdum etiam traditione [6]) nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidere tibi.

Ähnlich L 62 D. de evict. 21, 2:

> „si rem, quae apud te esset, vendidissem tibi, quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligari placet. [7])

Allerdings handeln diese Stellen ex professo von dem

[5]) Savigny S. 243—245; Baron, zur Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes in Jherings Jahrb. Bd. VII S. 154; Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbs Bd. II S. 100 ff.; Schirmer, Über den Verlust des Besitzes deponierter und vom Depositar veruntreuter Sachen, S. 429 ff.; Windscheid S. 443. Anm. 2; Dernburg S. 429.

[6]) D. h. ohne körperliche Übergabe.

[7]) Wie aus der L 62 cit. erhellt, genügt es also, dass die Sache sich aus irgend einem Grunde in der Detention des Erwerbers befindet. Es ist nicht etwa aus der L 9 § cit. zu schliessen, dass der Grund der Detention ein Rechtsgeschäft sein müsse, denn die dort angeführten Rechtsgeschäfte: Commodat u. s. w. sollen lediglich als Beispiele irgend einer Detention dienen. Vgl. Erk. des ob. Gerichtshofs f. Bayern vom 7. Nov. 1877, Seuff. Arch. XXXIV 276.

Übergang des Eigentums, aber da dieser sich auf der Grundlage des Besitzes vollziehen kann, so sind sie auch für den Besitzübergang beweisend.

§ 4.

Wenn in der L 9 § 5 cit der Wille des bisherigen Besitzers so bedeutend betont wird — nuda voluntas sufficit — so ist dies nicht dahin zu verstehen, als ob die Zustimmung des Vertretenen eine Bedingung für die Existenz des neuen Besitzes wäre. Wir müssen nämlich hierbei unterscheiden zwischen der Auflösung des alten und der Begründung des neuen Besitzes. Für jene allerdings ist der Wille des dominus essentiell, für diese kommt jedoch einzig und allein der Wille des Repräsentanten in Betracht, weil, wie Savigny[8]) sagt, „in dem Augenblicke des Erwerbs, ausser dieser Bestimmung des Willens, durchaus nichts Neues zu geschehen braucht". Und ähnlich meint Schirmer,[9]) dass der Wille des bisherigen Besitzers zwar auf die Qualität des neuen Besitzes Einfluss haben, nicht aber dessen Existenz bedingen könne. Insofern wird also hier durch den blossen Willen — solo animo — des Repräsentanten Besitz erworben. Dies ergiebt sich auch klar aus L 9 § 9 D. de reb. cred. 12. 1:

> „Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere.

§ 5.

Dass der Wille des dominus wie des Repräsentanten, um rechtlich relevant zu sein, einen konkludenten Ausdruck

---

[8]) A. a. O. S. 243.
[9]) A. a. O. S. 429.

gefunden haben muss, folgt schon aus den allgemeinen Rechtsregeln, z. B. aus L 53 de V. S. 50, 16:

„nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit"

und wird wohl als selbstverständlich von Savigny nicht weiter betont. Der übliche Ausdruck dieses Willens wird eine Traditionserklärung seitens des dominus und eine Annahmeerklärung seitens des Repräsentanten sein. Jedoch ist hierfür durchaus keine Form vorgeschrieben, insbesondere genügt jede „Manifestation des Besitzwillens" seitens des Repräsentanten.[10]) Allerdings scheint dem L 10 D. de reb. cred. 12, 1 zu widersprechen:

„quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi, si voles, permisero, creditam non esse, antequam mota sit.,"

indem hier das bestimmte Erfordernis einer Lokomotion aufgestellt wird. Aber abgesehen davon, dass es sich hier um die Frage handelt, wann ein Depositum sich in ein Darlehn verwandelt, — was, wie Baron[11]) betont, der Frage des Besitzübergangs durchaus noch nicht kongruent zu sein braucht — so lässt sich die Abweichung ganz einfach dadurch erklären, dass das uti des Geldes die Bedingung ist, ohne welche von einem Darlehen gar nicht die Rede sein soll.[12]) Dieses uti kann natürlich nur in einer Lokomotion seinen Ausdruck finden.

§ 6.

In ganz ähnlicher Weise, wie bei der traditio brevi manu vollzieht sich der freiwillige Verlust des Besitzes an den Repräsentanten bei der „bedingten Übergabe".[13]) Unter

---

[10]) Ebenso Pininski a. a. O. Bd. II S. 108.

[11]) A. a. O. S. 155.

[12]) Ebenso Savigny S. 244 Anm. 4; Baron a. a. O. S. 154.

[13]) Scheurl, zur Lehre vom römischen Besitzrecht S. 98. 99; Pininski II 113; Savigny S. 245.

dieser Bezeichnung pflegt man wieder ein Doppeltes zu verstehen, erstens die bedingte Übertragung des Eigentums, hier wieder für uns nicht von Interesse, und zweitens die bedingte Übertragung des juristischen Besitzes. Von dieser handelt

> L 38 § 1 de poss. 41. 2: „hoc amplius existimandum est, possessiones sub condicione tradi posse, sicut res sub condicione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam condicio exstiterit.“

Bei der bedingten Übertragung des Besitzes bleibt also, wie sich aus dieser Stelle ergiebt, der Tradent solange juristischer Besitzer, der Empfänger solange Detentor, als die Bedingung schwebt; erst mit ihrem Eintritt geht der juristische Besitz an den Vertreter über. Eine solche bedingte Besitzübertragung läge z. B. dann vor, wenn bei einem Depositum die Beteiligten vereinbaren, dass mit Eintritt einer Bedingung die deponierte Sache dem Depositar als Faustpfand für eine Forderung haften solle.[14])

§ 7.

Auch bei dieser Art des freiwilligen Besitzverlustes wird der frühere Besitz durch den Willen des Vertretenen verloren und der neue Besitz durch den blossen Willen des Vertreters erworben, wieder natürlich unter der Voraussetzung, dass der beiderseitige Wille in gehöriger Weise zum Ausdruck kommt. Nur ein Umstand ist hierbei zu beachten: die zwiefache Willenserklärung erfolgt hier nicht erst im Moment des Besitzübergangs, sondern wird bereits im voraus erteilt. Tradent wie Empfänger erklären bereits im voraus, mit Eintritt der Bedingung Besitz übertragen bezw. empfangen zu wollen.[15]) Infolgedessen vollzieht sich der Besitzübergang mit Eintritt der Bedingung, ohne dass eine nochmalige Willenserklärung notwendig wäre.

---

[14]) Scheurl S. 98.
[15]) Pininski II S. 114.

§ 8.

Verschiedene neuere Schriftsteller, so namentlich Strohal in seiner Schrift „Succession in den Besitz“ (Graz 1885) nehmen, wie überhaupt, so in den behandelten Fällen eine Succession in den Besitz, d. h. einen derivativen Besitzerwerb an. Es würde bei unserer Abhandlung, welche nur einen kleinen Ausschnitt der gesamten Besitzlehre behandelt, zu weit führen, wenn wir uns eingehend über die Möglichkeit einer Succession in den Besitz und damit über die Grundlagen der Besitztheorie überhaupt verbreiten wollten; es kann uns nur daran liegen, zu zeigen, dass die behandelten Fälle, ohne dass man einen derivativen Besitzerwerb annimmt, sich in das Gebäude der Savignyschen Theorie, auf welche wir uns in der Einleitung gestellt haben, einpassen.

Der Besitz ist nach Savigny ein thatsächlicher Zustand, der in jedem Fall für den Erwerber nur durch eine „körperliche Handlung“ existent werden kann. Unter körperlicher Handlung ist nun aber nicht etwa Berührung — wie dies die vorsavignysche Theorie manibus bei beweglichen und pedibus bei unbeweglichen Sachen erforderte — zu begreifen, es genügt vielmehr, dass der Erwerber sich zu der Sache in eine Situation bringt, die die „gegenwärtige Möglichkeit der ausschliesslichen Einwirkung“ garantiert. In den behandelten Fällen ist diese Möglichkeit nun längst vorhanden, insofern ist allerdings hier der Erwerber in der glücklichen Lage, keine weiteren körperlichen Akte unternehmen zu müssen. Deshalb braucht man aber noch keine Succession in den Besitz anzunehmen, denn der Besitzerwerb ist in diesen Fällen nicht eine Folge des Einrückens in die Rechtsstellung des Vorbesitzers, sondern er erfolgt, weil der Erwerber die Voraussetzungen und Grundlagen des Besitzes, corpus und animus — ersteres schon längst, letzteren im Moment des Erwerbs — in seiner Person verwirklicht.

§ 9.

Die Einfachheit und Durchsichtigkeit der juristischen Handlung, welche den Formen des „freiwilligen Besitzverlustes“ eigen ist, findet sich nicht in so hohem Masse bei dem „unfreiwilligen Besitzverlust“ wieder, nämlich dann, wenn der Besitzübergang auf den Repräsentanten sich ohne Wissen und Willen des Vertretenen vollzieht. Hier waren nämlich Erwägungen juristischer und wirtschaftlicher Natur in der Richtung thätig, den Verlust an den Vertreter möglichst zu erschweren. Aus diesem Grunde erklärt sich auch die Trennung der Regeln über den Besitzverlust, welche hier eintritt, indem Immobilien eine andere Behandlung erfahren als Mobilien.

§ 10.

Bekanntlich gilt nach römischer Auffassung der Satz,[16]) dass der Besitz eines Immobile durch Okkupation[17]) seitens eines dritten nicht eher verloren wird, als bis der Besitzer von der Verdrängung erfährt und eine Reaktion gegen dieselbe entweder unterlässt oder bei dem Versuch einer solchen scheitert.

Zweierlei widerspricht hier „auf das schneidendste“, wie Witte[18]) sagt, den Konsequenzen der Besitzlehre: einmal, dass

[16]) Savigny a. a. O. S. 348 ff.; Windscheid S. 457 Anm. 8; Baron a. a. O. S. 140 ff.; Pininski a. a. O. Bd. I S. 195 ff.; Scheurl a. a. O. S. 144; Kierulff, Civilrecht S 394, Note; Böcking, Pandekten § 125 Note 5; Witte, „über Schutz durch Interdikte‘ in Lindes Zeitschrift N. F. XVIII S. 249 ff.; Strohal, Succession in den Besitz S. 115 ff.; Meischeider, Besitz und Besitzesschutz S. 323 ff.; Baron, Gesamtrechtsverhältnisse S. 90 ff.; Randa, Besitz S. 456.

[17]) „Okkupation“ nicht in dem technischen Sinne der Eigentumsaneignung herrenloser Sachen, sondern in dem der Besitzaneignung fremder L 3 § 8 D. de poss. 41. 2, L 1 § 2 quod legat 43. 3. Vgl. Jhering, Scherz und Ernst S. 138 Anm. 1.

[18]) A a O. S. 249.

der frühere Besitzer den Besitz retinieren soll und zwar, da das corpus sich — anscheinend — in contrarium verwandelt hat, solo animo; zweitens, dass der Okkupant nicht den juristischen Besitz erwerben soll, obwohl die Requisite desselben in seiner Person vorhanden sind. Es würde über den Rahmen unserer Abhandlung hinausgehen, wollten wir uns eingehender mit diesem Satz und damit mit den Voraussetzungen des Besitzverlustes von Immobilien überhaupt befassen, jedoch können wir nicht umhin, wenigstens die Hauptpunkte hervorzuheben, da, wie wir später sehen werden, die „Voraussetzungen des Besitzverlustes von Immobilien an den Vertreter“, denen des Besitzverlustes durch Okkupation überhaupt, völlig analog sind.

§ 11.

Wenn wir das Wesen unseres Satzes begreifen wollen, so müssen wir uns vor allem die historische Entwicklung[19]) desselben klar machen. Solange die Römer ein Volk von Kleinbauern waren, solange, wie der Dichter[20]) sagt, ein jeder „nach Sitte der Altvorderen die väterliche Scholle selbst bestellte“, wird das Bedürfnis nach einem solchen Satz ein geringes gewesen sein, weil es eben zu den Ausnahmen gehörte, dass der Herr auf längere Zeit sein Grundstück verliess. Je mehr es aber mit dem Umschwung der politischen und socialen Verhältnisse Sitte wurde, in Rom zu leben und die Bebauung der Felder Sklaven zu überlassen, um so gebieterischer musste sich das Verlangen nach einer Verschärfung des bestehenden Besitzesschutzes erheben, insbesondere nachdem das interdictum de clandestina possessione,[21])

---

[19]) Savigny a. a. O. S. 350 ff.

[20]) Hor. Ep. II „ut prisca gens mortalium Paterna rura bobus exercet suis“.

[21]) Savigny S. 457.

das — wenigstens nach Savigny — noch in der älteren Zeit gegen heimliche Okkupation Hilfe gewährt hatte, in desuetudinem gekommen war.

§ 12.

Nur zögernd entschloss sich die Wissenschaft, die Rechtskonsequenz dem praktischen Bedürfnis zu opfern. Denn noch Labeo nimmt, wie aus der Berichtigung, welche ihm Ulpian in L 6 § 1 de poss. 41. 2[22]) zu teil werden lässt, hervorgeht, an, dass der Okkupant sich einer clandestina possessio erfreue, die im allgemeinen alle Rechte des Besitzes geniesst.[23]) Die späteren Juristen Celsus und Pomponius kennen zwar die Ausnahme schon, führen sie aber nicht mit voller Konsequenz durch. So geht nach Celsus L 18 § 3. 4 de poss. 41. 2 der Besitz an Grundstücken ohne Kenntnis des dominus nur dann nicht verloren, wenn es wahrscheinlich ist, dass dieser seine Verfügungsgewalt wieder gewinnt. Ist dies aber nicht anzunehmen, z. B. „si cum magna vi exercitus ingressus sit", so geht der Besitz verloren, — auch ohne dass der Besitzer von der Verdrängung erfährt. In wie hohem Masse verschieden in jener Zeit noch die Ansichten der Juristen über den Satz waren, erkennt man aus dem Referat des Pomponius in der L 25 § 2 de poss. 41. 2.

Erst Paulus und Papinian wissen von derartigen Beschränkungen und Unsicherheiten nichts mehr, nach ihnen ist es unbestrittene Regel, dass der Besitz an Grundstücken solange solo animo aufrecht erhalten bleibt, als der Besitzer von der Verdrängung nichts weiss. So Papinian:

> L 46 de poss. 41. 2: „Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret."

---

[22]) Von dieser Lex wird weiter unten eingehender die Rede sein.

[23]) Vgl. L 3 § 5 L 53 de poss. 41. 2.

Und Paulus L 3 § 7. 8 de poss. 41. 2: „Si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam et dominus timore conterritus, noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.“ [24])

Eine innere Begründung des Satzes aus juristischen Motiven oder aus der Natur der Sache haben die römischen Juristen offenbar noch nicht versucht. Man müsste denn aus L 47 D. h t, [25]) in welcher als Grund des sofortigen Besitzverlustes von Mobilien ohne Kenntnis des Besitzers die „neglecta atque omissa custodia“ bezeichnet wird, a contrario den Schluss ziehen, dass der Immobiliarbesitz durch Negligenz nicht untergehen könne. [26]) Gegen diese Auffassung spricht aber L 37 § 1 de usurp. 41. 3, auf welche wir später zurückkommen werden. Im übrigen haben sich die römischen Juristen damit begnügt, zu konstatieren, dass hier eine „possessionis amittendae separatio“ vorliege. [27])

§ 13.

Um so eifriger haben sich die neueren Schriftsteller an der inneren Begründung des Satzes versucht. Wir können hier drei Gruppen von Ansichten unterscheiden. [28])

---

[24]) Baron a. a. O. S. 140 und „Gesamtrechtsverhältnisse S. 90—107 behauptet (wie Rudorff Anm. zu Savigny Note 110 meint „nach unbekannten Quellen“), dass im älteren römischen Recht Gegenwart des Besitzers auf dem Grundstück erforderlich gewesen sei und dass der Besitz nur bei vorübergehender Abwesenheit, habe solo animo retiniert werden können. Diese Ansicht hat allseitigen Widerspruch erfahren. Vgl. Pininski S. 202 A. 3.

[25]) Von dieser Lex wird beim Besitzverlust der Mobilien ausführlich die Rede sein.

[26]) Ähnlich Windscheid S. 461 Anm. 6.

[27]) So Papinian in der L 44 § 2 h t.

[28]) Ähnlich Pininski S. 195 ff.

Die erste Gruppe, zu welcher Savigny,[29]) Windscheid[30]) und Randa[31]) gehören, schliesst sich noch eng an die Auffassung der römischen Juristen an, indem sie in dem Rechtssatz eine „Singularität“ erblicken. Am schärfsten äussert sich Randa, der ihn für eine durchaus ungerechtfertigte Ausnahme hält und seine Gültigkeit, wenigstens für das österreichische Recht, bestreitet. Auch Savigny erblickt in dem Satz noch eine merkwürdige Ausnahme. Aber das wäre er, wie Scheurl[32]) mit Recht bemerkt, doch nur dann, wenn wirklich, wie Savigny sagt, in dem Augenblick der Okkupation uns die „physische Möglichkeit, auf die Sache zu wirken, ebensowohl entzogen“ würde, „als wenn ein Dieb eine bewegliche Sache aus unserem Hause entwendete“. Wir werden hierauf weiter unten ausführlich zurückkommen. Einstweilen möchten wir nur bemerken, dass es unseres Erachtens ein bedeutender Unterschied ist, ob uns eine bewegliche Sache fortgenommen wird, bei der wir vielleicht nicht einmal wissen, wer sie gestohlen hat und wo sie sich befindet, oder ob unser Grundstück, dessen Lage wir genau kennen und bei dem wir die Person des Okkupanten jederzeit ermitteln können, okkupiert wird.

Windscheid nimmt keine bestimmte Stellung ein, er hält zwar den Satz nicht für so merkwürdig als Savigny, aber immerhin für eine Ausnahme.

§ 14.

Eine zweite Gruppe von Schriftstellern, zu welcher namentlich Witte[33]) und Baron[34]) zählen, schreibt dem Rechtssatz, um seine Singularität möglichst zu mildern, nur eine

[29]) A. a. O. S. 348.
[30]) S. 457. A. 8 (§ 156).
[31]) A. a. O. S. 456.
[32]) A. a. O. S. 143.
[33]) A. a. O. S. 249 ff.
[34]) A. a. O. S. 144, Gesamtrechtsverhältnisse S. 90—107.

relative Bedeutung zu. Sie behaupten, dass der Okkupant nur dem dominus gegenüber nicht als Besitzer gelten solle, dass er aber dritten Personen gegenüber vollen Besitzesschutz geniesse. Man kann nicht sagen, dass diese Auffassung glückliche Resultate gezeitigt hätte, denn sie führt mit Notwendigkeit dazu, entweder eine Teilung des Besitzes oder eine possessio plurium in solidum anzunehmen. So konstruiert denn auch Witte eine Teilung des Besitzes zwischen dem dominus (quoad usucapionem) und dem Okkupanten (quoad interdicta), die aber nur dann stattfände, wenn die Okkupation mala fide erfolgt sei; sei sie bona fide begonnen, so sei der Besitz des Vertretenen erloschen. Und Baron behauptet gar, dass der wahre Besitz an den Okkupanten übergegangen sei und dass dem dominus nur zum Zweck des Interdiktenschutzes ein Besitz „angedichtet" werde. Ihre Hauptstütze finden diese Schriftsteller in der L 6 § 1 de poss. 41. 2 (Ulpianus):

> „Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Unde (Florent: „verum") si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligitur (Florent: „intelligi") possidere, non clam."

Wenn wir auch zugeben wollen, dass die Interpretation, welche Savigny dieser Stelle giebt, als sei sie eine Berichtigung des Labeo durch Ulpian, die mit den Worten „retinet ergo" beginne, ihr Bedenkliches hat, namentlich wegen der dadurch nötigen, im Text angedeuteten Abweichungen von der Florentina, so kann uns dies doch nicht veranlassen, die Stelle, wie Witte und Baron, wörtlich zu nehmen und damit eine possessie clandestina neben der retentio possessionis seitens des dominus zuzugestehen. Denn damit wäre eine possessio plurium in solidum, von der doch schon Paulus sagt:

> L 3 § 5 h t: „contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris"

proklamiert und einer der Fundamentalsätze unserer Besitzlehre erschüttert.[35])

§ 15.

Verhältnismässig die grösste Zahl von Anhängern zählt die dritte Gruppe, die in dem Rechtssatz keine Singularität erblickt, sondern die notwendige Konsequenz der juristischen und wirtschaftlichen Natur des Immobiliarbesitzes. Zu ihr zählen namentlich Scheurl,[36]) Kierulff,[37]) Böcking,[38]) Pininski,[39]) Strohal,[40]) Wendt.[41]) Auch wir möchten uns dieser Richtung anschliessen.

Dass eine Verschiedenheit des juristischen und wirtschaftlichen Charakters der Mobilien und Immobilien besteht und infolgedessen die für den Besitzverlust von Mobilien geltenden Sätze nicht ohne weiteres auf Immobilien übertragen werden können, haben wir oben bei Bekämpfung der Savignyschen Ansicht betont. Der Grund hierfür ist, dass Immobilien uns eben nicht „abhanden"[42]) gebracht werden können, weil wir stets über ihre Lage im klaren sind und uns leicht über die Person des Okkupanten informieren können, während es bei entwendeten Mobilien möglich ist, dass wir gar nicht erfahren, wo und bei wem sich die Sache befindet.

Überhaupt erfreut sich der Immobiliarbesitz, wie Pininski[43]) richtig bemerkt, einer weit grösseren Stabilität, lässt folglich

[35]) Dagegen auch Pininski S. 202 A. 8.

[36]) A. a. O. S. 143.

[37]) A. a. O. S. 394 Note.

[38]) A. a. O. S. 466 Anm. 5 (§ 125).

[39]) A. a. O. S. 196 ff.

[40]) A. a. O. S. 115 ff.

[41]) Wendt, Faustrecht. Jahrb. f. Dogmat. Bd. 21, S. 228.

[42]) Scheurl a. a. O. S. 143, Böcking S. 466 A. 5.

[43]) A. a. O. S. 198 ff. P. geht zwar von einem anderen Standpunkt aus, weil er im Besitz die „wirtschaftliche Verbindung der Person mit der Sache" erblickt, gelangt aber hier zu denselben Resultaten.

auch eine weit grössere Abschwächung zu, als derjenige an Mobilien. Ausdrücklich wird dies anerkannt in

L 3 § 17, L 44 in fine, L 45 de acqu. poss. 41. 2, L 1 § 25 D. de vi 43. 16

in Bezug auf saltus aestivi und hiberni. Bei ihnen soll der Besitz nicht erlöschen, obwohl der Besitzer sie vielleicht monatelang zu benutzen verhindert ist, z. B. weil sie mit Schnee und Eis bedeckt sind.

Wenn also eine selbst Monate andauernde Störung der normalen Beziehung des dominus zum Grundstück nicht besitzvernichtend wirkt, so kann auch nicht ohne weiteres eine Okkupation den Besitz aufheben. Denn die Störung kann erst dann als eine definitive gelten,[44]) wenn der Besitzer von der Verdrängung erfahren und dagegen reagiert hat. Die blosse Okkupation kann noch nicht entscheidend wirken. Dies um so mehr, als in den meisten Fällen die Okkupation sich nur als der Versuch eines Besitzerwerbs charakterisiert. So, wenn es dem Okkupanten gar nicht möglich ist, das ganze Gut zu besetzen.[45])

L 18 § 3 h t: „Si dum in alia parte fundi sum, alius qnis clam animo possessoris intraverit: non desiisse ilico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul sciero."

Denn, wie Strohal[46]) richtig bemerkt, dieselben Umstände, die den Grundbesitzer der Invasionsgefahr aussetzen, insbesondere die Unmöglichkeit, grosse Territorien in all ihren Teilen ständig zu bewachen, bringen es zugleich mit sich, dass ein Invasor dem bisherigen Besitzer, der mit Orts- und Personenkenntnis und — last not least — mit dem Rechtsschutz ausgerüstet ist, sich nur schwer gegenüber behaupten kann.

---

[44]) Pininski S. 200.

[45]) Ebenso Scheurl a. a. O. S. 144.

[46]) A. a. O. S. 116.

§ 16.

Da also der Besitz nicht eher verloren wird, als bis der Besitzer von der Okkupation erfährt und dagegen reagiert oder eine Reaktion unterlässt, so sind drei Fälle möglich.[47]) Entweder der dominus kehrt zurück und vertreibt den Okkupanten — dann hat er niemals seinen Besitz verloren gehabt; oder er kehrt zurück, wird aber beim Versuch der Vertreibung geschlagen — dann verliert er in diesem Moment den Besitz durch Dejektion; oder endlich, er unterlässt es überhaupt zu reagieren — dann liegt darin ein Verzicht auf den Besitz und derselbe ist daher animo verloren.

§ 17.

Nicht unerwähnt wollen wir lassen, dass unser Satz, auch wenn er nicht, wie dargelegt, sich aus juristischen Motiven und aus der Natur der Sache erklärte, dennoch aus praktischen Rücksichten eine zwingende Notwendigkeit wäre. Wohin sollte es auch führen, wenn der Immobiliarbesitz eines derartigen Schutzes entbehrte. Denn da wir Grundstücke nicht wie Mobilien, in der custodia von Haus und Hof bewahren können, so wäre ihr Besitz fürwahr eine „zitternde Freude".[48]) Der Hausbesitzer, der, wie Wendt[49]) erzählt, bei seiner Rückkehr von der Reihe einen sog. „staubigen Bruder" vorfindet, welcher es sich in seinem Hause bequem gemacht hat, wäre dann nicht berechtigt, istud genus hominum an die Luft zu befördern. Der Satz ist also keine von der Theorie ersonnene Spitzfindigkeit, sondern ein Produkt des praktischen Lebens, das aber, wie wir bewiesen zu haben glauben, auch den Forderungen der Rechtskonsequenz entspricht. —

[47]) Vgl. Savigny S. 350; Kierulff S. 395 Note.
[48]) Pininski a. a. O. S. 202 Anm. 1.
[49]) A. a. O. S. 228.

§ 18.

Die Rücksicht auf das praktische Leben war es auch, welche die Römer verhinderte, den Satz in übertriebener Weise bis zu den letzten Konsequenzen durchzuführen. Wenn wir unter allen Umständen Kenntnis des Besitzers von der Verdrängung verlangt haben, so ist dies cum grano salis zu verstehen. Es würde wenig einem geordneten Gemeinwesen[50]) entsprechen, wenn ein viele Jahre Abwesender bei seiner plötzlichen Rückkehr berechtigt sein sollte, den Inhaber des Grundstücks, der es vielleicht bona fide von dem Okkupanten gekauft hat, zu vertreiben. Wir müssen vielmehr sagen, dass unser Satz insofern eine Ausnahme erleidet, als der Besitz auch ohne Kenntnis des Besitzers verloren wird, sobald die Invasion den „Charakter der Dauerhaftigkeit“ angenommen hat.[51]) Dies wird uns bestätigt durch

> L 37 § 1 De usurp. 41. 3: „Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit.“

Es dürfte nicht schwer sein, diese Abweichung juristisch zu rechtfertigen. Wie ebenfalls nämlich aus obiger Stelle hervorgeht, wird der Besitz an Grundstücken durch „neglegentia“ verloren, offenbar, weil in dieser ein Aufgabewille erblickt wird. Dieser Besitzverlust durch stillschweigenden Verzicht wird aber, wie Pininski bemerkt,[52]) in unserem Fall weit eher angenommen werden müssen als sonst, weil eben aus der Nichtvertreibung des Okkupanten weit eher auf den Verzichtwillen geschlossen werden kann, als aus blosser Nichtbenutzung des Grundstücks.[53]) Im übrigen lassen sich

---

[50]) So Witte a. a. O. S. 262.

[51]) Strohal a. a. O. S. 117.

[52]) A. a. O. S. 204.

[53]) Ähnlich Dernburg, P. S. 434 (§ 183).

für diesen Fall keine festen Regeln aufstellen, es muss dem Ermessen des Richters überlassen bleiben, zu beurteilen, ob die Invasion den Charakter der Dauerhaftigkeit in sich trägt oder nicht.

§ 19.

Wir mussten uns, wie bemerkt, deshalb so eingehend mit diesem Satz d. h. mit den allgemeinen Regeln des Besitzverlustes von Immobilien überhaupt befassen, weil der Besitzverlust an den Repräsentanten hier denselben Voraussetzungen unterliegt, wie derjenige an einen beliebigen dritten. Eine kurze Betrachtung wird dies bestätigen.

In dem Moment, in welchem der Detentor den Willen fasst, die bis dahin detinierte Sache für sich zu haben, giebt er naturgemäss den Vertretungswillen auf, steht also nunmehr dem dominus rechtlich nicht anders gegenüber als ein beliebiger dritter. Infolgedessen finden auf beide Parteien die allgemeinen Bestimmungen Anwendung. Es verliert also der dominus nicht eher den Besitz, als er von der Verdrängung erfahren und die erforderliche Reaktion unternommen bezw. unterlassen hat. Ebenso findet hier die Beschränkung in Bezug auf den Fall, dass die Besitzanmassung den Charakter der Dauerhaftigkeit gewinnt, Anwendung. Nur in Bezug auf die Äusserung des Besitzwillens ist hier ein Unterschied zu konstatieren, denn das blosse Verweilen auf dem Grundstück, das die Okkupation seitens eines dritten genügend deklarierte, kann hier nicht als hinreichende Bekundung des Besitzwillens gelten. Vielmehr sind andere Zeichen erforderlich, z. B. eine Erklärung seitens des Detentors, Nichtzulassung des dominus und dergl. mehr. Erst von dem Moment, in welchem der Besitzwille so deutlich in die Erscheinung tritt, datiert die erforderliche Kenntnis des dominus.

§ 20.

Witte[54]) und Baron[55]) leugnen, dass im Fall der Stellvertretung Kenntnis des dominus von der veränderten Absicht des Vertreters erforderlich sei. Sie berufen sich zur Begründung auf L 12 de vi und L 18 pr. eod. In beiden Stellen handelt es sich darum, dass der Pächter eines Grundstücks den vom Verpächter mit der Empfangnahme desselben beauftragten Käufer nicht zulässt. Allerdings wird in diesem Fall der Besitz des Verpächters aufgehoben, ohne dass er selbst eine Kenntnis von der Nichtzulassung zu haben braucht. Jedoch ist diese Ausnahme unseres Erachtens nur eine scheinbare, weil der Käufer hier als Abgesandter des Verpächters anzusehen ist und

> „quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit" [L 18 cit.].

in einer Linie mit dem Vertretenen selbst steht. Dem notwendigen Erfordernis der Kenntnis des dominus von der Verdrängung wird daher in seiner Person genügt.[56])

§ 21.

Wie wir konstatiert haben, liegt in dem eben besprochenen Satze eine erhebliche Erschwerung des Besitzverlustes an den Vertreter und damit ein völlig ausreichender Schutz des Immobiliarbesitzes. Wenn hierfür trotzdem von vielen Schriftstellern, nach dem Vorgang von Savigny, noch ein zweites Argument ins Feld geführt wird, nämlich der Satz: „nemo sibi causam possessionis mutare potest", so hat dies seinen historischen Grund, kann aber von uns

---

[54]) A. a. O. S. 299.
[55]) A. a. O. S. 162.
[56]) Meischeider a. a. O. S. 352.

als für den Besitzschutz notwendig und sachlich begründet nicht erachtet werden.[57])

Von vornherein möchten wir bemerken, dass wir die Anwendung der Regel auf den Besitzverlust an den Detentor aus allgemeinen Erwägungen nicht für angebracht halten. Denn einmal hätte es keinen Sinn gehabt, für denselben Effekt, nämlich die Verhinderung des Besitzverlustes, eine zwiefache Norm zu erichten,[58]) sodann stimmt es mit der von uns wiederholt gefundenen wirtschaftlichen Verschiedenheit von Immobilien und Mobilien nicht überein, dass die Regel sich in gleicher Weise auf beide beziehen soll. Welche ratio hätte es auch gehabt, für den Besitzverlust von Immobilien und Mobilien so verschiedene Sätze aufzustellen, wenn es eine Rechtsnorm gab, die den Besitzverlust ohne Rücksicht auf die Qualität des Objektes in gleicher Weise hinderte?

§ 22.

Wie Witte[59]) richtig bemerkt, ist es eine merkwürdige Inkonsequenz von Savigny, sich auf diese Regel bei Begründung seiner Ansicht über den Besitzverlust an den Dententor zu stützen.[60]) Denn er, wie auch die in seinen Bahnen wandelnden Unterholzner, Huschke, Thon, Rudorff

[57]) Savigny S. 82 ff.; Windscheid S. 528 Anm. 2 (§ 175); Dernburg S. 422 Anm. 2 (§ 179); Unterholzner, Verjährungslehre § 100; Gans, Scholien zum Gajus S. 263 ff.; Thon, Rhein. Museum Bd. IV S. 99 ff.; Huschke, Zeitschr. für gesch. R. W. Bd. XIV S. 195—201; Puchta, Institutionen S. 521, ders., kleine civ. Abhandlungen S. 429; Scheurl a. a. O. S. 159 u. 68; Baron a. a. O. S. 155; Jhering a. a. O. S. 357 ff.; Witte a. a. O. S. 294.

[58]) Solche Fälle sind auch sonst selten, kommen sie vor, so werden sie besonders begründet. So bei der Zulassung der condictio furtiva neben der rei vindicatio mit dem „odium furum".

[59]) A. a. O. S. 294 Anm. 47.

[60]) A. a. O. S. 364. 65.

pflegen sonst die Gültigkeit dieser Regel auf einige ganz bestimmte Fälle des alten römischen Rechts, die „usucapio pro herede" und die ihr verwandte „usureceptio" einzuschränken.

§ 23.

Über die usucapio pro herede, die ausführlicher zu behandeln hier zu weit führen würde, belehrt uns Gajus II § 52—61. Wenn in Rom jemand ohne Hinterlassung von sui heredes gestorben war, so konnte ursprünglich jedermann sich der Sachen des Erblassers bemächtigen und dieselben — selbst Grundstücke im Widerspruch zu der Regel der XII. tab.[61]) — in einem Jahre pro herede usukapieren, falls sich der berufene Erbe nicht binnen dieser Frist meldete. Als ratio für diese „tam improba possessio et usucapio" giebt der Jurist an, man habe dadurch den Erben zum schleunigen Antritt der Erbschaft zwingen wollen, einmal „ut essent, qui sacra facerent", zweitens um den Gläubigern baldmöglichst einen, an den sie sich halten konnten, zu präsentieren.[62])

Dieses merkwürdige Institut bringen Savigny und seine Anhänger mit unserer Regel folgendermassen in Verbindung. Gajus gebraucht von der usucapio pro herede den Ausdruck „lucrativa" und eine ähnliche Wendung „lucrifacere" findet sich auch in einigen Stellen wieder, die von unserer Regel handeln:

> Gaj. Inst. II § 56: „Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens

[61]) Cicero pro Caecina cap. IV: „usus auctoritas fundi biennium est, . . . caeterarum rerum annuus est usus".

[62]) Gajus II § 55: „quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur". Vgl. die Kritik dieser Entstehungsgeschichte bei Jhering, Scherz und Ernst S. 144, ferner Gans, Scholien S. 264.



quisque rem alienam lucrifacit.“ L 33 § 1 de usurp. 41. 3: „Quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide possidere et lucrifaciendi causa inciperet possidere.“

L 2 § 1 D. pro herede 41. 5: „Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est neque colonum, neque eum, apud quem res deposita aut cui commodata est, lucrifaciendi causa pro herede usucapere posse. —

Aus dieser Übereinstimmung der Ausdrücke schliesst Savigny, dass die Regel in folgender Weise auf die usucapio pro herede Anwendung gefunden habe.

Bei der Möglichkeit, vermittelst des genannten Instituts ohne Redlichkeit und Recht zu ersitzen, habe die Gefahr nahe gelegen, dass Personen, die zur Zeit des Todes des Erblassers Sachen desselben in Detention hatten, die ihnen nur durch eine längere Ersitzung oder überhaupt nicht zufallen konnten, z. B. weil sie res furtivae oder vi possessae waren, dies Institut benutzten, indem sie sich als pro herede besitzend ausgaben und so mit Ablauf eines Jahres die Sache ersassen. Diesem Unfug habe genannte Rechtsregel steuern wollen, indem sie Personen, die einmal auf Grund eines bestimmten Titels zu besitzen angefangen hatten, verbot, diesen in den titulus pro herede eigenmächtig umzuwandeln.

§ 24.

In ähnlicher Weise soll[63]) die Regel bei der usureceptio fiduciae stattgehabt haben. Auch diese war eine lucrativa usucapio, durch welche man in einem Jahr eine fiduciarisch veräusserte Sache zurückerwarb. Hier soll die

[63]) Thon a. a. O. S. 109 ff.

Regel den Sinn gehabt haben, den Pfandschuldner der das Pfandobjekt dem Pfandgläubiger zunächst fiduciae causa mancipiert, dann aber von demselben gemietet hatte, zu verhindern, das Pfandobjekt mittelst der usureceptio vor Zahlung der Pfandschuld zurückzuerwerben.

§ 25.

Zur weiteren Begründung ihrer Ansicht führen Thon und Unterholzner die Thatsache an, dass die meisten Stellen, die ausser den oben citierten von unserer Regel handeln, keine neue Anwendung derselben bringen, sondern vor falschen Anwendungen derselben warnen. So soll z. B. nach L 19 § D. de poss. 41. 2 die Regel nicht statthaben, wenn, nachdem der frühere Besitz verloren war, ein neuer erworben wird, ebenso wenn die Beschaffenheit des Besitzes durch ein Rechtsgeschäft verändert wird, L 3 § 20 h t und dergl. mehr. Die wenigen Fälle, welche der Beschränkung der Regel auf die usucapio pro herede und die usureceptio zu widersprechen scheinen, halten sie für höchst überflüssige und unfruchtbare Anwendungen, die sich aus einer „Liebhaberei der Alten“ [64]) oder aus dem Umstand erklären liessen, dass „die Alten selbst die Regel nicht mehr recht anzuwenden gewusst hätten“. [65]) Eine solche überflüssige Anwendung sei in der L 1 § 2 pro donato 41. 6 enthalten:

> „si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi mutare.“

in welcher der Satz, dass an den Schenkungssachen auch nach Trennung der Ehe keine Usukapion möglich sei, sich schon daraus ganz natürlich ergäbe, dass Schenkungen unter Ehegatten auch nach Trennung der Ehe ungültig blieben.

---

[64]) Unterholzer a. a. O. S. 338.

[65]) Thon a. a. O. S. 107.

§ 26.

Dieser Beschränkung der Regel auf die usucapio pro herede und die usureceptio würden auch wir uns gern anschliessen, da wir die Ausdehnung der Regel auf die Umwandlung der Detention in juristischen Besitz für überflüssig halten, wenn nicht zu gewichtige Gründe vorhanden wären, dass die Römer thatsächlich eine weit grössere Ausdehnung der Regel beliebt haben. Zunächst dürfte es wohl gewagt sein, aus der Synonymität der Ausdrücke „lucrativa" und „lucrifacere" eine Beschränkung der Regel auf die erwähnten beiden Institute zu folgern. Denn daraus, dass Gajus die usucapio pro herede eine „lucrativa" nennt, kann man nicht ohne weiteres schliessen, dass jedes lucrifacere eine usucapio pro herede[66]) involviere. Es ist ferner, wie Gans[67]) und Jhering[68]) hervorheben, bei dieser Auffassung unerklärlich, weshalb dann die Regel so oft in die Kompilation Aufnahme gefunden hat, da bekanntlich die usucapio pro herede schon in der Hadrianeischen Zeit antiquiert war. Endlich, was der Hauptgrund ist, es findet sich eine ganze Reihe von Stellen, die sich absolut nicht auf die nsucapio pro herede deuten lassen. Dem Gewicht dieser Gründe gegenüber können Einwände, wie: „es habe sich hier um eine Liebhaberei der Alten gehandelt", ernstlich nicht in Betracht kommen. Wir müssen vielmehr zugeben, dass die Regel — mit Recht oder Unrecht — zur Zeit der Kompilation einen grösseren Geltungsbereich gehabt hat. Wie weit reicht derselbe?

§ 27.

Baron[69]) und Puchta[70]) sprechen sich für eine Beschränkung der Regel wenigstens auf den juristischen Besitz

[66]) Ähnlich Schirmer a. a. O. S. 441.
[67]) A. a. O. S. 264
[68]) A. a. O. S. 358.
[69]) A. a. O. S. 156.
[70]) Kl. civ. Abhandl. S. 429 No. 3.

aus. Nach ihrer Ansicht kann der Detentor gar keine mutatio causae possessionis vornehmen, weil er eben keine „possessio" hat. Aber wie oft (z. B. L 1 D h t 41. 2) wird possessio als Besitz im weiteren Sinne, als Inhabung der Sache überhaupt erwähnt!

Zur Begründung seiner Meinung führt Baron zwei Quellenstellen an:

> L 3 § 20 D h t 41. 2: „Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem."
>
> L 19 § D. h t 41. 2: „Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nanciscivelit."

Aber diese Stellen sind unseres Erachtens nicht beweisend. Der Grund, weswegen hier die Regel nicht anwendbar sein soll, liegt in beiden Fällen nicht in dem Mangel des juristischen Besitzes, sondern darin, dass hier gar keine causae mutatio vorkommen kann, weil durch ein Rechtsgeschäft eine neue causa geschaffen wird, die mit der alten in gar keinem Zusammenhang mehr steht. Hierauf liegt in beiden Fällen der Nachdruck, dem „qui ne possidebam quidem" und dem „animo et corpore incumbens" kann man höchstens, wie z. B. Schimer[71]) thut, den Charakter eines „unterstützenden Nebengrundes" zuerkennen, wenn man sie nicht überhaupt als unbedeutende, zur Abrundung des Satzbaus dienende Floskeln auffassen will.

---

[71]) A. a. O. S. 450.

§ 28.

Im Gegensatz hierzu finden sich mehrere Stellen, die offenbar die Detention in den Geltungsbereich der Regel hineinziehen. Mit besonderer Bestimmtheit thut dies:

L 2 § 1 pro herede 41. 5: „Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur."

Baron sucht diese, seiner Auffassung widersprechende Stelle dadurch zu beseitigen, dass er behauptet, der Anfang dieser lex, der von der Ausdehnung unserer Regel auf die Detention spricht, sei ein Einschiebsel der Kompilatoren — der übrige Teil der lex habe früher die Fortsetzung der L 33 § 1 de usurp. 41. 3 gebildet. Mit diesem gewaltsamen Schritte können wir uns aber nicht einverstanden erklären, um so weniger, als noch eine andere Stelle von der Ausdehnung der Regel auf die Detention zu sprechen scheint. Es ist dies die L 5 C. h t 7. 32, die allerdings sehr verschieden ausgelegt wird:

„Cum nemo sibi causam possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri dominii tui ius convelli non sinet."

Wir möchten uns dafür entscheiden,[72]) dass es sich hier um die Frage handelt, ob der Käufer, der die Pachtsache von einem treulosen Kolonen gekauft und durch diesen die Ersitzungszeit innegehabt hat, sich auf Ersitzung berufen dürfe. Die Stelle verneint es. Er hat den Besitz gar nicht erworben, weil der Kolone nach der Regel: „nemo sibi causam possessionis mntare potest" gar nicht zur Übertragung der Pachtsache berechtigt war.

[72]) Ähnlich Schirmer a. a. O. S. 456, Dernburg S. 422 Anm. 3 (§ 179).

§ 29.

Wenn wir somit zugestehen, dass eine Ausdehnung der Regel auf die Detention thatsächlich seitens der römischen Juristen stattgefunden hat, so ist damit nicht gesagt, dass diese Ausdehnung nötig oder gar opportun gewesen sei. Wir befinden uns hier in Übereinstimmung mit Windscheid,[73]) der die Thatsache der Ausdehnung zwar auch zugiebt, sie aber für höchst überflüssig hält. Es dürfte unschwer sein, diese Behauptung zu beweisen.

Wenn jemand als Pächter auf einem Grundstück sitzt oder eine Mobilie in Detention hat, so kann er, um den juristischen Besitz zu erlangen, verschiedene Wege einschlagen:

Entweder er kann sich durch ein Rechtsgeschäft, das er mit dem Besitzer schliesst, zum juristischen Besitzer machen, z. B. durch Kauf einer geliehenen Sache L 3 § 20 h t 41. 2;

oder er kann sich gewaltsam, durch Dejektion bezw. Kontrektation des juristischen Besitzes bemächtigen L 12 L 18 pr. de vi;

oder endlich er kann sein Verhältnis zu dem Objekt zunächst völlig lösen und später, gewaltsam oder durch ein Rechtsgeschäft, die possessio erlangen, L 19 § 1 ht 41.2.:

In allen diesen Fällen findet die Rechtsregel, wie die Quellen ausdrücklich bemerken, keine Anwendung, offenbar, weil gar keine causae mutatio vorliegt, sondern die alte causa untergeht und eine neue entsteht.[74]) Es bliebe also nur der Fall noch übrig, dass der Detentor keine der oben beschriebenen Operationen vornimmt, sondern durch seinen blossen Willen versucht, seinem Besitzverhältnis eine andere causa unterzulegen.

Dass dies im alten römischen Recht möglich war, näm-

---

[73]) S. 528 Anm. 2 (§ 175).

[74]) Ebenso Savigny S. 82 unten

lich bei der usucapio pro herede, haben wir gesehen. Damals mag also das durch die Regel bewirkte Verbot der causae mutatio Zweck und Sinn gehabt haben.[75]) Aber was *sollte* sie denn im neueren römischen und im gemeinen Recht?

Der Effekt, den sie erzielen könnte, wird ja bereits durch die im ersten Teil erwähnte allgemeine Rechtsnorm, nach welcher der blosse Wille, ohne in der gehörigen Weise realisiert zu sein, keine Beachtung findet, erreicht!

> L 53 de V. S. 50. 16: „nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit."

Folglich ist unser Rechtssatz[76]) nichts weiter als eine besondere Formulierung, eine spezielle Anwendung des Rechtsprinzips von der Bedeutungslosigkeit des nicht realisierten Willens. Stellt man sich einmal auf diesen Standpunkt, so ist damit auch der Streitfrage, was „causa possessionis" bedeute, ob „Rechtsgrund, Titel des Besitzes",[77]) oder der diesem Titel entspringende „rechtliche Charakter" die „qualitas possessionis",[78]) der Boden entzogen, denn das in Frage kommende Prinzip hemmt die Änderung des einen wie des andern, falls der Wille nicht realisiert ist. Eine Realisierung des Willens in den besprochenen drei möglichen Formen lässt aber eine Anwendung unseres Satzes nicht zu, weil sie eben, wie gezeigt, den Untergang der alten und die Begründung einer neuen causa herbeiführt.[79])

Und somit hoffen wir bewiesen zu haben, dass die Anwendung der Regel auf den Besitzverlust an den Detentor überflüssig ist, weil sie nichts mehr besagt, als ein längst bekanntes Rechtsprinzip.

---

[75]) Ähnlich Windscheid S. 528 Anm. 2 (§ 175).

[76]) Ähnlich Schirmer a. a. O. S. 433.

[77]) So Puchta, kl. civ. Abh. S. 420, Instit. S. 520.

[78]) So Schirmer.

[79]) Vgl. namentlich Jhering a. a. O. S. 358, sowie die lichtvollen Ausführungen von Scheurl a. a. O. S. 69.

§ 30.

Gehen wir nach dieser Erörterung, die sich in gleicher Weise auf Immobilien wie auf Mobilien bezog, nunmehr dazu über, die für den Besitzverlust von Mobilien an den Detentor geltenden besonderen Regeln zu entwickeln,[80]) so springt uns vor allem ein Unterschied von den Immobilien in die Augen, nämlich der, dass hier eine Kenntnis des Besitzers von der Entsetzung nicht erforderlich ist. Daher sagt auch

L 47 h t: „confestim me amisisse possessionem vel ignorantem responstum est.“

Dass diese verschiedene Behandlung ihren Grund in der wirtschaftlichen Verschiedenheit von Immobilien und Mobilien hat, ist bereits oben hervorgehoben worden, es ist wohl unnötig, die Beweisführung zu wiederholen.

§ 31.

Bevor wir zur Entwickelung der Regeln des Besitzverlustes von Mobilien an den Detentor schreiten, müssen wir eine Auffassung zurückweisen, die von Savigny[81]) für das ältere römische Recht, von Kierulff[82]) aber sogar für das heutige Recht geltend gemacht wird. Wir haben es bisher als zweifellos betrachtet, dass sich die beiden Akte,[83]) in die sich der „Besitzverlust an den Besitzvertreter“ zerlegen lässt, in einem Moment vollziehen, indem der Besitzerwerb seitens

[80]) Savigny, S. 365 ff.; Windscheid S. 461, Anm. 6 (§ 157); Schirmer a. a. O S. 464 ff.; Wille a. a. O. S. 293 ff.; Baron a. a. O. S. 146 ff.; Pininski, Bd II S. 69 ff.; Meischeider a. a. O. S. 353 ff.; Böcking a. a. O. S. 452 (§ 123); Göschen, Civilrecht S. 638; Puchta, kl. civ. Schr. S. 445; Randa a. a. O. S. 466; Kierulff S. 399; Scheurl a. a. O. S. 160; Kniep „vacua possessio“ S. 28.

[81]) S. 366 Anm. 1.

[82]) A. a. O. S. 399.

[83]) Vgl. oben § 2.

des Vertreters den Besitzverlust seitens des dominus involviert. Wenn man nun, wie Savigny und Kierulff, die beiden Akte trennt, indem man den blossen animus des Repräsentanten zwar nicht für ausreichend hält, um den Besitz zu erwerben, wohl aber, um dem Vertretenen den Besitz zu entziehen, so muss man dahin kommen, unter Umständen drei Stadien der juristischen Handlung anzunehmen: erstens den Verlust des Besitzes auf Seite des Vertretenen; zweitens einen Zwischenzustand der Besitzlosigkeit, in dem die Sache zwar bereits verloren, aber noch nicht erworben ist; drittens den Erwerb des Besitzes auf Seite des Vertreters. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Zerstückelung der juristischen Handlung schon aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht Rechtens sein kann und niemals hat sein können.

Mit Recht fragt Kniep,[84]) was es für einen Sinn gehabt hätte, einen Besitzverlust ohne Wissen des bisherigen Besitzers eintreten zu lassen, wenn damit auf der anderen Seite kein Erwerb verbunden war. „Der Besitzverlust ist augenscheinlich eine Folge des auf Erwerb gerichteten Entschlusses und dies ist doch nur unter der Voraussetzung ein erträglicher Gedanke, wenn dieser auf Erwerb gerichtete Wille den Erwerb auch wirklich herbeiführt."

§ 32.

Savigny und Kierulff würden unseres Erachtens wohl auch niemals auf eine derartige Auffassung gekommen sein, wenn sie nicht nach der herrschenden „Kontrektationstheorie" zum Besitzerwerb stets eine „körperliche Behandlung der Sache" für nötig erachtet hätten — ein Moment, das für den Besitzverlust in der Regel viel zu stark ist, indem sich dieser meist schon durch die blosse Verhinderung der Einwirkung des dominus auf die Sache charakterisiert. Und

[84]) A. a. O. S. 28.

damit sind wir an den Hauptgegenstand dieses Abschnitts gelangt, an die Untersuchung nämlich, ob zum Besitzerwerb seitens des Repräsentanten eine körperliche Behandlung der Sache erforderlich ist oder ob jeder schlüssige Ausdruck des Willens genügt. Die Hauptstellen, die sich auf diese Frage beziehen, sind:

L 3 § 18 de poss. 41. 2: „Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si loco non moveris et infitiandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest nec animo furtum admittatur.“ (Paulus.)

L 47 h t: „Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est: cuius rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuerit, idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit.“

§ 33.

Die Antinomie, welche in diesen Stellen zum Ausdruck kommt, hat von jeher verschiedene Auffassung erfahren, Savigny[85]) nimmt nach dem Vorgang von Hugo[86]) an, es habe hier eine Kontroverse der beiden Schulen vorgelegen, indem die Sabinianer in der L 3 § 8 cit. zum Besitzerwerb eine contrectatio für nötig erachtet hätten, während die Prokulianer in dem blossen „possidere neque reddere constituere“ eine genügende Äusserung des Besitzwillens erblickten. Nun ist dies allerdings, wie Schirmer[87]) zuerst

[85]) A. a. O. S. 367 A. 2.
[86]) Civil. Magazin Bd. 5. S. 123.
[87]) A. a. S. 465.

hervorgehoben hat, nicht der Fall, weil in der L 68 de furtis 47, 2 Celsus, also ein Prokulianer, für die angeblich Sabinianische Ansicht eintritt. Wie dem aber auch sein mag, jedenfalls erlangte die letztere in der Folgezeit unbestrittene Autorität, so dass man sogar, um die L 47 cit. mit ihr zu vereinigen, bei dieser eine voraufgegangene contrectatio supponierte [88]) Nur wenige Autoren finden sich, welche der herrschenden Meinung widersprechen, am treffendsten Chesius (in Heineccius Jurispr. Rom. et Att. S. 185, 16)

> „non esse necessarium, ut depositarius rem attingeret et loco moveret, sed solum animum sibi habendi sufficere."

Der damals herrschenden Meinung folgt auch Savigny, wenn er auf Grund der L 3 § 18 cit. zum Besitzerwerb ein furtum, folglich nach der Definition desselben als „contrectatio rei alienae" eine körperliche Behandlung der Sache verlangt. Nur darin unterscheidet er sich von seinen Vorgängern, dass er eine besondere Begründung [89]) der Ausnahme giebt und eine andere Vereinigung der Antinomie versucht.

§ 34.

Mit seiner Ansicht hat aber Savigny, insbesondere in der neueren Zeit, vielfachen Widerspruch erfahren. Nur einige Autoren, so Göschen [90]) und Arndts [91]) stehen unbedingt

---

[88]) Vgl. Savigny S. 366 Anm. 2.

[89]) Es habe dem Besitzer nicht eher der Besitz und damit das int utrubi, das bekanntlich gegenwärtigen Besitz voraussetzt, verloren gehen sollen, als bis er durch das furtum des Repräsentanten eine neue Klage erhalten habe, die, wenn sie auch keine rei persecutoria war, doch vollen Schadensersatz brachte. Ausserdem habe man dadurch noch erreicht, dass die Sache als furtiva der Usukapion entzogen war. Vgl. Savigny S. 435. 436.

[90]) A. a. O. S. 638.

[91]) Pandekten § 143.

auf seiner Seite, andere, wie Puchta[92]) und Scheurl[93]) weichen wenigstens in der Begründung von ihm ab, die grosse Mehrzahl aber, so Böcking,[94]) Schirmer,[95]) Witte,[96]) Windscheid,[97]) Baron,[98]) Randa,[99]) Meischeider,[100]) verwirft seine Theorie überhaupt. Und in der That lassen sich erhebliche Bedenken gegen sie geltend machen.

§ 35.

Was zunächst die L 47 de poss. betrifft, so sucht Savigny den ihm widersprechenden Inhalt derselben dadurch zu beseitigen, dass er sie für ein Referat Papinians über eine Ansicht des Nerva erklärt, die dieser wiedergäbe, ohne sich mit ihr zu identifizieren. Dem widerspricht aber, dass Papinian seiner abweichenden Ansicht keinen Ausdruck giebt,[101]) denn gemeinhin pflegt in solchem Fall Schweigen als Zustimmung aufgefasst zu werden. Noch sonderbarer aber wäre es, dass Papinian die von ihm nicht gebilligte Ansicht noch mit Gründen unterstützt haben sollte. Man wende nicht ein, dass auch diese Gründe nur ein Teil des Referates seien, denn Nerva würde dieselben dann wohl nicht in die Form einer Vermutung — forsitan — gekleidet haben. Solange also nicht durch klare Quellenzeugnisse das Gegenteil erwiesen wird, müssen wir die Behauptung der L 47 cit., dass das „possidere neque reddere constituere" zum Besitzerwerb genüge, aufrecht erhalten.

---

[92]) Vgl. a. a. O. S. 445.
[93]) Vgl a. a. O. S. 161.
[94]) A. a. O. S. 452.
[95]) A. a. O. S. 474.
[96]) A. a. O. S. 293 ff.
[97]) A. a. O. S. 461 Anm. 6.
[98]) A. a. O. S. 146 ff.
[99]) A. a. O. S. 466.
[100]) A. a. O. S. 353 ff.
[101]) Ebenso Baron S. 148.

§ 36.

Sind nun die Stellen, welche Savigny anführt, für seine Ansicht beweisend? Wir glauben, nicht. Savigny stützt sich ausser auf die erwähnte L 3 § 18 cit. noch auf L 68 pr. de furtis 47. 2:

„Infitiando depositum nemo facit furtum, (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est). *Sed si* possessionem apiscatur intervertendi causa, facit furtum. Nec repert, in digito habeat anulum an dactyliotheca, quem cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit."

Wir wollen nun zwar zugeben,[102]) dass in der citierten Stelle ein furtum zum Besitzerwerb verlangt wird, ferner, dass die Voraussetzung des furtum eine contrectatio ist, aber wir bestreiten, dass hier die contrectatio eine „körperliche Behandlung" der Sache involviert.

Dies ergiebt sich zunächst aus der allgemeinen Betrachtung, dass die körperliche Behandlung, die ja in allen anderen Fällen des furtum, weil es sich dort um eine in fremdem Gewahrsam befindliche Sache handelt, am Platze sein mag,[103]) doch hier, wo der Repräsentant in den meisten Fällen die körperliche Verfügung bereits vollständig hat, keinen Sinn ergeben würde. So sagt auch Chesius:[104])

„Sic ergo, si quis forte depositarius rem alienam *domi* in potestate sua habeat et sub sua custodia, si rem illam constituat sibi habere et domino non reddere, qua supersitione requiremus, ut furtum iste committat, necessarium esse rem illam manu eum attingere?"

Ausserdem aber bekräftigt eine ganze Reihe von Quellenstellen unsere Behauptung. So sagt z. B. Gellius:[105])

„furtum sine ulla quoque attrectatione fieri posse."

---

[102]) Ebenso Baron S. 149.

[103]) Ebenso Wille, S. 297.

[104]) A. a. O. S. 185, 15.

[105]) Noct. Att. Lib. XI cap. 18 § 23.

Ferner wird in der L 1 § 9 quod legat. 43. 3 bemerkt, dass das blosse „nec recedere" eines eingewiesenen Legatars eine Besitzergreifung seitens des letzteren involviere. Das Hauptargument aber liefert uns der Schlusssatz der L 68 de furt. cit., auf welche sich gerade Savigny stützt:

„nec refert in digito habeat anulum on dactyliotheca, quem, cum deposito teneret, habere pro suo destinaverit."

In welche Verlegenheit Savigny dieser Schlusssatz gebracht hat, lässt sich deutlich aus der Art seiner Interpretation erkennen. Er bezieht nämlich den Schlusssatz mit Überspringung des Mittelsatzes auf den Anfang, mutet also dem Celsus, wie Meischeider[106]) mit Recht bemerkt, eine sehr schwerfällige Satzkonstruktion zu und behauptet, der Autor habe hier einen Fall geben wollen, in welchem weder furtum noch Besitzerwerb vorliege. Zu solchen Umständlichkeiten ist Savigny genötigt, nur um die Stelle mit seiner Theorie in Einklang zu bringen. Wenn man im Gegensatz hierzu bedenkt, mit welcher Leichtigkeit sich der Satz erklären lässt, sobald man nach unserer Theorie von dem Erfordernis einer körperlichen Behandlung absieht, so kann man über die Richtigkeit der letzteren nicht mehr im Zweifel sein. Es will nämlich dann Paulus nichts weiter in dem Satz sagen, als dass es in Bezug auf den Besitzerwerb gleichgültig ist, ob man einen deponierten Ring im Kasten lässt oder an den Finger steckt.

§ 37.

Unserer Behauptung, dass nicht immer eine körperliche Behandlung der Sache notwendig sei, widerspricht der Passus aus der L 3 § 18 cit.:

„sed si eam loco non moveris et infitiandi animum habeas"

und L 1 § 2 de furtis 47. 2:

---

[106]) a. a. O. S. 354.

„Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam *furti* tenetur, sed ita si id intercipiendi causa occultaverit."

durchaus nicht. Denn hier soll, wie Windscheid[107]) bemerkt, „nicht sowohl contrectatio für notwendig, als blosses Ableugnen, welches den Willen, die Sache für sich zu haben, keineswegs ohne weiteres voraussetzt (vgl. L 20 h t) nicht für hinreichend erklärt werden." Mit anderen Worten: diese Stellen wollen keine Begriffsbestimmung der „*contrectatio*" geben, sondern Beispiele anführen, bei denen die contrectatio erreicht („si occultaverit") bezw. nicht erreicht („et infitiandi animum habeas") wird. Dass die infitiatio depositi nicht als hinreichend angesehen wird, liegt daran, dass aus derselben ein sicherer Schluss auf den Besitzwillen noch nicht gezogen werden kann Denn es kann z. B. die Ableugnung „ex iusta et rationabili causa" geschehen (vgl. L 20 h t) oder aus einem Grunde, der zwar unrechtmässig ist, aber den animus rem sibi habendi nicht involviert, z. B. wenn der Repräsentant nur eine Fortsetzung des Detentionsverhältnisses durch das — vorläufige — Ableugnen zu bewirken hofft.[108])

Mit dieser Auffassung lässt sich dann ganz gut L 47 h t cit. vereinigen, indem hier ein Beispiel angegeben wird, das eine Contrectatio enthält, nämlich das „possidere neque reddere constituere". Die Supponierung einer voraufgegangenen Kontrektation, die die älteren Schriftsteller beliebten, halten wir zwar nicht für so verkehrt wie Savigny, aber für überflüssig. Denn es ist selbstverständlich, dass der dem „possidere neque reddere constituere" zu Grunde liegende Wille in der gehörigen Weise zum Ausdruck gekommen sein muss, da er ja sonst, wie wiederholt betont, nach allgemeinen Rechtsregeln keine juristische Existenz haben würde —

---

[107]) A. a. O. S. 461 Anm. 6 (§ 157).

[108]) Ähnlich Witte, a. a. O. S. 298.

§ 38.

Wenn wir somit der Savignyschen Theorie von der Notwendigkeit einer stets körperlichen Behandlung widersprechen, so wollen wir damit nicht, wie Baron und Witte, in das entgegengesetzte Extrem verfallen und körperliche Behandlung unter allen Umständen für überflüssig erklären.

Es hängt vielmehr unserer Ansicht nach von der Art des bestehenden Detentionsverhältnisses[109]) ab, ob die blosse Kundgebung des Besitzwillens genügt oder ob ein „loco movere“ erforderlich ist.

§ 39.

In der Regel wird dann eine Lokomotion seitens des Vertreters nötig sein, wenn die Beziehung der detinierten Sache zum dominus nach aussen hin noch völlig sichtbar ist. So wird nach der Entscheidung des R. G. Band XIX No. 44 der Commis, der den Besitz der Ladenkasse für seine Prinzipalin ausübt, erst dadurch juristischer Besitzer der Kasse, dass er ihr für sich Gelder entnimmt. Hier ist eben die körperliche Behandlung die einzig markante Erscheinungsform des Besitzwillens.

§ 40.

Umgekehrt würde aber eine specielle Kontrektation keinen Sinn haben, sobald die Beziehung der detinierten Sache zum dominus nach aussen hin nicht mehr hervortritt. Es würde ganz zwecklos sein, wenn der Pächter die ihm überlassenen Ackergeräte, die er eo ipso benutzen darf, noch besonders „kontrektieren“ sollte, um den Besitz zu erlangen. Hier würde jede anderweitige Kundgebung z. B. eine Erklärung, ein Brief u. dergl. den Besitzwillen weit deutlicher

---

[109]) Ähnlich Pininski a. a. Bd. II S. 82 ff.

dokumentieren, als eine „Kontrektation“, aus der sich, weil sie eben in dem normalen Geleise sich bewegt, gar nichts schliessen lässt. Es lassen sich hierüber bei der Mannigfaltigkeit der Formen, die das Detentionsverhältnis annehmen kann, natürlich keine festen Regeln aufstellen; dem Richter muss es überlassen bleiben, welche Kundgebung er als schlüssigen Ausdruck des Besitzwillens betrachten will.




Digitized by Google